

TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E A RACIONALIDADE DA MODERNIDADE

Fabiano Hartmann Peixoto¹

SUMÁRIO

Introdução; 1 Theodore Viehweg e a tópica: breves considerações; 2 Chaim Perelman e uma nova visão retórica; 3 A teoria da argumentação de Toulmin; 4 Uma teoria da argumentação integradora; 5 A racionalidade discursiva na teoria da argumentação; Conclusão; Referência das fontes citadas.

RESUMO

O presente artigo apresenta um exame sobre as teorias da argumentação apresentadas por Manuel Atienza e a formação, na modernidade, de uma racionalidade diferenciada no modo de compreender o direito.

PALAVRAS CHAVE: Teorias da argumentação. Racionalidade. Modernidade.

ABSTRACT

This article deals with the presentation of an examination on the theories of the arguments presented by Manuel Atienza and training, in modernity, from a different rationality in order to understand the law.

KEYWORDS: Theories of argumentation. Rationality. Modernity.

¹ Aluno do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, vinculado ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Área de Concentração Fundamentos do Direito Positivo e Linha de Pesquisa Produção e Aplicação do Direito.

INTRODUÇÃO

As transformações ocasionadas nas relações humanas da modernidade pela constatação de um momento diferenciado de se compreender o Direito despertam o interesse pelo estudo acadêmico de seus fenômenos e teorias. A possibilidade de se argumentar uma decisão sobre um tema ou questão jurídicos com racionalidade (uma racionalidade diferenciada do modelo científico cartesiano puro, que deu base a construção positivista dos séculos anteriores) ganhou novo impulso com as profundas alterações na forma de se compreender o direito no pós-guerra. Em países diferentes, de formas muitas vezes autônomas, alguns teóricos iniciaram o resgate do pensamento tópico, retórico e dialético clássicos. Cada um a sua maneira e, muitas vezes sem influências recíprocas, iniciaram o que se convencionou denominar das bases precursoras da moderna argumentação jurídica, que volta a se aproximar do Direito, no novo marco pós-positivista. A Filosofia do Direito, afastada do feixe de relevância da ciência kelseniana, retorna ao centro do palco das construções sobre o Direito.

O artigo trata de apresentar, tendo como referente² principal a obra "As razões do Direito", de Manuel Atienza³, um exame sobre a argumentação jurídica na modernidade. A construção de uma racionalidade diferenciada permite a elaboração de um Direito mais permeado pela moral, pela ética e pela justiça. Empregou-se o método dedutivo na fase de investigação, o método cartesiano na fase de tratamento de dados e os resultados são relatados no presente artigo no modo indutivo, sendo operadas as técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica. Como objetivos do presente está a apresentação de um exame sobre os chamados precursores da teoria da argumentação: Viehweg, Perelman e Toumin, os teóricos: MacCormick e Alexy, apresentados por Atienza. Como o prosseguimento desse exame, buscar-se-á considerar os entendimentos que se obteve com as possibilidades apresentadas pela racionalidade argumentativa no ambiente da modernidade/pós-modernidade/transmodernidade.

² O modelo metodológico utilizado para a realização da Técnica do Referente segue o preconizado na obra: PASOLD, César Luiz. **Prática da pesquisa Jurídica** - idéias e ferramentas úteis ao pesquisador do Direito. 10 ed. rev. ampl. Florianópolis: OAB-SC Editora, 2007.

³ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

1 THEODORE VIEHWEG E A TÓPICA: breves considerações

A obra *Tópica e Jurisprudência*, de Theodore Viehweg (1979), professor emérito da Universidade Gutenberg de Mainz, Alemanha, foi, segundo seu tradutor⁴, um dos marcos na filosofia do direito na segunda metade do século XX. Com primeira edição de 1953, trouxe uma reflexão sobre o pensamento jurídico, que por muito tempo estava exposto aos modelos científico-matemáticos florescidos na Era moderna e notadamente presentes no pensamento desenvolvido no século XIX. Essa reflexão se deu à luz da experiência grega e romana, atualizada com os instrumentos contemporâneos da lógica, da teoria da comunicação e da lingüística.

A temática central da obra é a *Jurisprudência*, categoria com sentido diferente do atual termo *jurisprudência*, mas sim com o sentido de *Ciência do Direito*, entendida num sentido ampliado, buscado na antiguidade (*prudência*) e não restritivo (*Jurisciência*) – típico da visão científico-matemática contraposta.

Assevera a composição ambígua e peculiar das teorias jurídicas. Destaca a relevância dos costumes, das tradições, da moralidade e da amplitude do comportamento humano, que tornam avessas ao enquadramento dedutivo do modelo científico vigente para as demais ciências.

Em face disso ressurgem a importância, não de um método, mas de um estilo de pensamento denominado *Tópica*, pelo qual se estrutura um modo de pensar por problemas. Assim, segundo Ferraz Jr, prefaciando a obra de Viehweg⁵: “[...]pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados, com um caráter problemático, [...]”.

Dessa forma, resumidamente, conceitos, postulados e princípios, sob a ótica da *Tópica* não podem ser formulados como axiomas lógicos, mas como *topoi* da argumentação, isto é, lugares comuns, sujeitos a variações de tempo e espaço, que são utilizados como pontos de partida, por sua força persuasiva, para a

⁴ A obra *Tópica e Jurisprudência* de Theodor Viehweg foi traduzida para o português pelo Prof. Dr. Tercio Sampaio Ferraz Jr., em 1979.

⁵ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. p.3

construção argumentativa. “No Direito, são topoi, neste sentido, noções como interesse, interesse público, boa fé, autonomia da vontade, soberania, direitos individuais, legalidade, legitimidade”⁶.

Ao circunscrever sua obra *Tópica e Jurisprudência*, Viehweg⁷, principia por um *insight* realizado ao estudar uma preleção de Gian Battista Vico⁸. A partir de Vico, desenvolve suas idéias fundamentais: a dicotomia entre o método antigo - retórico, tópico, transmitido, sobretudo, por Cícero e o método moderno - científico, cartesiano.

Já no início de seu discurso aponta um importante resultado: “[...]a tópica é uma técnica de pensar por problemas, desenvolvida pela retórica”⁹. Constata as tentativas, na Era moderna, de se tentar desligar a *Tópica* da *Jurisprudência*, através de um esforço de sistematização dedutiva, e a conseqüente pressuposição de eliminação de seus problemas, com êxito muito restrito, restando a observação que esta postura pode não ser simplesmente aceita, passando-se a entender a *Jurisprudência* como um procedimento de discussão de problemas, e, como tal, segundo o autor, objeto da Ciência do Direito. Para isso, de acordo como o mesmo, seria imprescindível ao menos levar-se em conta a *Tópica*.

Para a compreensão do que é a *Tópica*, Viehweg¹⁰ visita primeiramente às lições de Aristóteles, estruturador do tema, que em tempos ainda mais antigos, era praticado pelos retóricos - sob diversos nomes (*euresis*, *inventio ars inveniendi*) e sofistas, esses últimos alvos de severas polêmicas com os filósofos gregos clássicos, Sócrates, Platão e o próprio Aristóteles.

A antiga arte da disputa encontra em Aristóteles uma reflexão mais profunda identificando o apodítico, campo da verdade pertencente aos filósofos e o

⁶ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. p.4

⁷ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**.

⁸ Gian Battista Vico, professor de eloquência, elaborou em 1708 uma preleção para a inauguração da Universidade Real de Nápolis, tratando de uma indagação sobre qual o melhor método de estudo, o de sua época ou o dos antigos.

⁹ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. p.17

¹⁰ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**.

dialético, campo do oponível (*endoxon*), atribuídos aos retóricos, onde está presente a Tópica.

Assim, tem-se a seguinte construção: partindo-se de proposições conforme as opiniões (*ex endoxon*) seria possível formar raciocínios sobre os problemas que se possam colocar e evitar contradições, sustentando-se um discurso, para atacar ou defender. É uma construção retórica, dialética e não apodítica.

Viehweg¹¹ assim descreve a distinção feita por Aristóteles sobre o raciocínio apodítico, de domínio particular da Filosofia e o raciocínio dialético, da arte da argumentação, ambos, porém, formalmente corretos (no que se diferenciam das técnicas sofistas):

“1) Uma *apodexis*, que existe quando se obtém um raciocínio partindo de proposições primeiras ou verdadeiras ou daquelas cujo conhecimento procede, por sua vez, de proposições primeiras ou verdadeiras.

2) Um raciocínio dialético, que é o que se obtém partindo de proposições conforme as opiniões aceitas (*dialeticós de sellogismós o ex endoxon siloguisómenos*) (Top. I.1.4)”¹².

Desta forma, após uma ordenação filosófica como diz Viehweg¹³, onde se estabelecem gêneros, categorias e destacam-se procedimentos instrumentais da indução e do silogismo a serviço da dialética, Aristóteles cunha a expressão *topoi*, com a definição dada pelo professor alemão: “pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte, que se empregam a favor ou contra o que é conforme a opinião aceita e que podem conduzir à verdade”¹⁴.

Após Aristóteles, o tema é retomado por Cícero, segundo o qual não existe nenhuma polêmica a qual não se possa aplicar algum *topoi*. Por outro lado, nem todos são adequados para qualquer situação. Esclarece ainda que Cícero entendeu a Tópica como uma *práxis* da argumentação, catalogando e

¹¹ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**.

¹² VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. p.24.

¹³ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**.

¹⁴ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. p.27.

esquemmatizando um sistema de *topoi*. Indica-se aí uma grande diferença entre Aristóteles, que buscava construir uma teoria, com *topoi* estruturados de forma flexível e Cícero, na aplicação do catálogo de *topoi* já pronto.

Assim, a Tópica busca fornecer indicações de comportamento/pensamento frente a uma falta de caminho, dando razões a favor ou contra determinado passo. É um procedimento de busca de premissas, uma reflexão que busca material para pensar e não uma reflexão simples para ajuste a lógica. A Tópica mostra como se acham as premissas; a lógica recebê-las e as elabora¹⁵. A Tópica busca, não a demonstração ou a fundamentação de uma premissa, mas sim a sua aceitação, a sua legitimação. Aquilo que em disputa foi aceito é admissível como premissa. Daí também decorre o distanciamento com a simples e arbitrária opinião. É um procedimento mediato e dialético, muito próximo do saber dos melhores e mais famosos por depender de peso para aceitação das citações de nomes, experiências e conhecimentos humanos.

Viehweg¹⁶ caracteriza a tópica por três elementos, que, aliás, aparecem estreitamente ligados entre si, por um lado a Tópica é, do ponto de vista de seu objeto, uma *técnica do pensamento problemático*; por outro lado, do ponto de vista do instrumento com que opera, o que se torna central é a noção de *topos* ou *lugar-comum*; finalmente, do ponto de vista do tipo de atividade, a Tópica é uma *busca e exame de premissas*: o que a caracteriza é ser um modo de pensar do qual a ênfase recaia nas premissas, e não nas conclusões.

A Tópica permite explicar – ou pelo menos se dar conta de – certos aspectos do raciocínio jurídico que passam despercebidos quando abordamos esse campo por uma vertente exclusivamente lógica. Basicamente se poderia dizer que ela permite ver que não há apenas problemas de justificação interna, o que, por certo, não deve levar tampouco a pensar que a lógica forma não tenha nenhum papel na justificação externa. Mas, obviamente a Tópica por si só não pode dar uma explicação satisfatória sobre a argumentação jurídica.

¹⁵ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. p.40.

¹⁶ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**.

Apesar de todas essas críticas, a obra de Viehweg contém algo importante: a necessidade de raciocinar também onde não cabem fundamentações conclusivas, e a necessidade de explorar, no raciocínio jurídico, os aspectos que permanecem ocultos se examinados e uma perspectiva exclusivamente lógica.

2 CHAIM PERELMAN E UMA NOVA VISÃO RETÓRICA

Chaim Perelman¹⁷, autor do século XX, descobre em Aristóteles a distinção entre os raciocínios analíticos e dialéticos. Situa seu foco no segundo. Tem o objetivo de ampliar o campo da razão, que no método científico vigente não dava conta do raciocínio jurídico. Atienza¹⁸ ressalta que o interesse de Perelman é a estrutura da argumentação, a sua lógica propriamente, partindo da idéia de que a análise dos raciocínios dos políticos, juízes ou advogados deve ser o ponto inicial de uma teoria da argumentação jurídica.

Como a argumentação em sentido estrito está no terreno do plausível, não estabelecendo verdades, relevante, portanto, a referência a um *auditório* que se busca persuadir – daí a escolha de Perelman pela Retórica. Atienza¹⁹ compara ainda a estrutura do raciocínio aplicado por Perelman: se para Decartes o raciocínio se dava por um encadeamento de idéias, cujo sucesso depende da resistência de cada um dos anéis; para Perelman o discurso argumentativo se assemelhava a um tecido, cuja solidez é muito maior que a de cada fio.

Perelman dividiu o estudo da teoria da argumentação em três partes: pressupostos, pontos de partida e técnicas. Na sua argumentação distinguem-se três elementos: o discurso, o orador e o auditório. Esse último o elemento direcionador. Três também são os gêneros oratórios lembrados: deliberativo (diante de uma assembléia), judicial (diante dos juízes) e epidítico (diante de espectadores que não tem que se pronunciar). Destaca que a classificação mais

¹⁷ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

¹⁸ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

¹⁹ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

importante de argumentação é aquela que pode se processar: diante de um auditório universal, diante de um único ouvinte e, por último, consigo mesmo.

Sobre a argumentação e o conceito de um auditório universal, pode-se compreender como uma norma de argumentação objetiva; como realização de uma argumentação filosófica. O 'acordo' deste auditório é uma questão de direito e não de fato. O auditório universal pode ainda ter um caráter ideal, como se fosse o auditório universal composto por todos os seres dotados de razão, entretanto, não se pode desprezar a construção do orador, pois oradores diferentes constroem auditórios diferentes, assim como, o Atienza²⁰ esclarece, o auditório universal de um mesmo orador muda.

Apresenta-se uma outra distinção importante, entre persuadir (argumentação válida para um auditório particular) e convencer (válida para todo ser dotado de razão). Assim, tem-se que a argumentação é um processo (ação) pelo qual se busca a adesão, através da linguagem, de um auditório.

A lógica jurídica para Perelman é o "paradigma da retórica", diferenciando os raciocínios analíticos dos dialéticos sendo que avança sobre os pensamentos de Aristóteles, no sentido de que no silogismo faz-se necessária a passagem das premissas para a conclusão, o que não ocorre na argumentação, até mesmo porque, é difícil, na argumentação jurídica estabelecer um acordo entre partes. Essa questão é superada na argumentação jurídica ao se impor com autoridade uma decisão pelo Poder Judiciário.

Esse cenário é alterado com a Revolução Francesa que, com seus ideais, passou a exigir dos magistrados a motivação de suas decisões, dando publicidade as mesmas. Há, segundo Perelman²¹, a existência de três teorias relativas ao raciocínio judicial: (a) escola da exegese – utiliza o método dedutivo e a teoria do silogismo, sem a preocupação das conseqüências ou da razoabilidade da decisão; (b) teleológica, funcional e sociológica – o juiz deve buscar a vontade do legislador; (c) tópica – que leva em consideração a formação de um consenso baseado na valoração, equidade e razoabilidade das decisões.

²⁰ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

²¹ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

A maior crítica que se pode fazer a Perelman é a obscuridade de seus conceitos. Ressalte-se que ele mesmo identificou que os conceitos não podem ser sempre precisos. Todavia a redação de uma teoria de argumentação exige a clareza de idéias, o que segundo, Atienza²², não se faz presente na obra de Perelman. Já em relação ao ponto de vista prático o principal problema de Perelman, segundo Atienza²³, é seu conservadorismo ideológico. Trata da noção de pluralismo indicando que não haverá no Estado decisão absoluta ou perfeita, mas sim soluções aceitáveis e que poderão ser modificadas ou aperfeiçoadas.

Já a razoabilidade, também um conceito confuso de Perelman possui um valor superior até mesmo à equidade e à justiça. Usa os conceitos de razoabilidade e racional de maneira paralela. O primeiro é definido pela função do auditório, que no direito é particular. A decisão razoável é aquela obtida em dado momento histórico e que, portanto, pode ser alterada. Diante disso, para Perelman a decisão a ser tomada é aquela mais aceitável diante de todas as outras, devendo ser tomada de maneira imparcial. Atienza²⁴ conclui que diante de casos difíceis, que contam com várias opiniões, Perelman não conduz a um conceito preciso para decidir, pois não proporciona critérios adequados.

Acerca do positivismo jurídico, Perelman²⁵, informa que deve ser excluída a concepção de justiça, que o direito é expressão da vontade arbitrária do soberano e atribui ao Magistrado um papel restrito já que exclui os princípios gerais do Direito e os tópicos jurídicos. Como alternativa a esse sistema, propõe o "Direito natural positivo"²⁶, mas que não é capaz de resolver o problema de sua teoria.

²² ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

²³ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

²⁴ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

²⁵ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

²⁶ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica. p.123.

3 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE STEPHEN TOULMIN

Toulmin²⁷, também um precursor da teoria da argumentação ao lado de Viehweg e Perelman, direcionou seu pensamento para uma argumentação através de uma lógica, não aquela dedutiva, a qual inclusive defende sua insuficiência até para outras ciências, que não a matemática; mas sim uma lógica direcionada à prática (dissociando-se da tradição originada até mesmo em Aristóteles de se buscar fazer da lógica uma ciência formal). Para Toulmin, segundo Atienza²⁸, interessa a lógica eficaz ou aplicada e seu referencial deixa de ser a geometria passando a ser a jurisprudência. Assim, segundo ele, a lógica é algo que se relaciona com a maneira como os homens pensam, argumentam e inferem.

As idéias fundamentais de Toulmin²⁹ estão em sua obra, *The uses of argument*, de 1958. Para ele, a lógica é a jurisprudência generalizada. Litígios jurídicos, suas pretensões e as respectivas argumentações em favor são elementos comparativos para o desenvolvimento do pensamento argumentativo. Destaca-se, nesse pensamento, a função central da razão. Assim, um bom argumento é aquele que resiste à crítica da razão e que mereça um veredicto favorável.

Atienza³⁰ ressalta que o ponto de partida de Toulmin é a constatação de que nosso comportamento tem a prática de raciocinar, dando aos outros razões a favor do que fazemos, dizemos ou pensamos. Essa prática pode ser instrumental ou argumentativa. Instrumental, segundo ele, quando as emissões lingüísticas atingem diretamente seus propósitos (quando se dá uma ordem, exemplifica). Argumentativa, ao contrário, quando as emissões lingüísticas fracassam ou condicionam-se a razões, argumentos ou provas.

Dentro da diversidade que se depara a argumentação, alguns pontos podem ser comuns, por exemplo, ensina Atienza³¹, a estrutura dos argumentos, a força, funções e relações entre si.

²⁷ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

²⁸ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

²⁹ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

³⁰ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

³¹ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

Atienza citando Toulmin, expressa que o termo argumentação é usado "para a referência à 'atividade total de propor pretensões, pô-las em questão, respaldá-las, produzindo razões, criticando essas razões, refutando essas críticas etc.'"³²

Um argumento possui quatro elementos: a pretensão, seu ponto de partida e chegada; as razões, fatos específicos do caso; a garantia, forma por enunciados gerais e o respaldo. Assim, simplificada, tem-se o seguinte roteiro. O proponente formula a pretensão diante do oponente. Se houver questionamento desse (caso não haja questionamento não haverá necessidade de argumentação), haverá necessidade de se ofertar razões a favor da pretensão, na evolução pode-se exigir do proponente garantias do argumento, ou seja, regras que permitem ou autorizam a passagem de um enunciado ao outro. Mas isto nem sempre é suficiente para uma argumentação. Haverá casos em que será preciso demonstrar que a garantia é válida, relevante e suficiente. Assim, também a força de um argumento é variável na razão direta que se chega na conclusão da pretensão, que pode ser qualificada por termos tais como: presumivelmente, plausivelmente, provavelmente, etc., assumindo, portanto, cada conclusão variáveis graus de força para o argumento proposto.

Todos os elementos de uma argumentação estão ligados entre si, bem como, em última *ratio*, o que funciona com respaldo final dos argumentos diante de qualquer tipo de audiência é o senso comum, pois se baseia nas necessidades e vivências dos seres humanos, que de uma certa maneira são muito semelhantes.

Para Toulmin³³, o sistema jurídico é o local mais intenso para a prática e a análise do raciocínio, quer seja numa argumentação sobre versões de fatos de um conflito, quer seja numa argumentação sobre questões de Direito. Qualquer decisão jurídica implica uma linha complexa de raciocínio, e não pode ser vista como um fim último, mas um passo num processo contínuo de decidir disputas, resolvendo casos concretos e também orientando posicionamentos futuros.

A lógica formal, das premissas e conclusões (no modelo silogístico de premissa maior, premissa menor e conclusão) se mostrou excessivamente simples, rasa e

³² ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica. p.137

³³ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

rarefeita na prática. Toulmin³⁴ demonstra a relevância de se considerar elementos como garantias, respaldo, condições de refutação, o qualificador, a pretensão; fundamentais para os ditos argumentos.

Como precursor da moderna teoria da argumentação, Toulmin, tem a característica marcante de ter efetivamente formulado uma teoria completa, sujeita a várias críticas, é verdade, porém num perceptível avanço dentro de uma construção teórica. Dedicou-se a pensamento centrado na lógica prática relacionada ao pensar e ao argumentar do homem. Desenvolveu o argumento como um processo de raciocínio onde se caminha de e para a pretensão, através de construções e garantias, respaldo, qualificadores e condições de refutação, submetendo tal raciocínio argumentativo à crítica racional de modo a poder-se identificar aqueles bons e resistentes aptos a um processo argumentativo.

4 UMA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO INTEGRADORA

Atienza³⁵ destaca a teoria de MacCormick como uma das teorias da argumentação com maior difusão e juntamente com a de Alexy formam o que o mesmo chama de teoria padrão da argumentação, com concepções muito semelhantes, embora influenciados por tradições diferentes. O primeiro basicamente por Hume, Hart e a tradição da **common law**; o segundo, pela ciência jurídica alemã, destacadamente Kant e Habbermas.

As teses de MacCormick³⁶ estão centradas na sua obra: "*Legal reasoning and legal theory*", de 1978, posteriormente desenvolvidas em artigos e destaca-se por seu elemento integrador. Há a busca da integração entre a lógica dedutiva, a teoria da razão prática, formal, com, respectivamente, a lógica informal, a teoria das paixões, material. Como explica o autor, um meio caminho, por exemplo, entre o ultra-racionalismo de Dworkin, para o qual, ao final, só há uma resposta

³⁴ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

³⁵ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

³⁶ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

certa; e, o irracionalismo de Ross, para quem as decisões jurídicas são essencialmente arbitrárias, produto da vontade e não da razão.

Para MacCormick a argumentação cumpre uma função justificadora, e por ela, ele desenvolve prescritiva e descritivamente sua teoria, tendo como objeto as decisões publicadas dos Tribunais. O estilo dos juízes britânicos favorece esta construção – decisões colegiadas, tomadas por maioria, em que cada juiz redige sua sentença – favorecendo o aparecimento de diversidade de soluções e ainda a inexistência da carreira de juízes (que eram recrutados entre os advogados) – tornando-os menos pessoais e mais próximos das controvérsias.

Em resumo, o Atienza³⁷ leciona: “o essencial é que as pessoas honestas e razoáveis poderiam divergir: o que nos faz aderir a determinados princípios e não a outros é tanto a nossa racionalidade quanto a nossa afetividade”.

Para MacCormick³⁸, em alguns casos as justificações são de caráter dedutivo. Interessante que esta lógica de justificação se dá em dois sentidos que Atienza³⁹ denomina justificação interna e justificação externa. Interna no sentido de correspondência entre argumentos, inferências, premissas. Externa no sentido equivalente a “justa”.

Contudo, essas justificações dedutivas têm limites e pressupostos, pelas regras do Direito válido, ou a aceitação de critérios partilhados por outros juízes. Além disso, nem sempre os casos são fáceis. Comuns, os difíceis, que podem envolver problemas de interpretação, pertinência, prova ou qualificação.

Nas palavras de Atienza:

Dito de forma resumida, sua tese consiste em afirmar que justificar uma decisão num caso difícil significa, em primeiro lugar, cumprir o requisito da universalidade, e, em segundo lugar que a decisão em questão tenha sentido em relação ao sistema (ou seja, que cumpra os requisitos da consistência e da coerência) e em relação ao mundo (o que significa que o

³⁷ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica. p.174.

³⁸ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

³⁹ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

argumento decisivo – dentro dos limites marcados pelos critérios anteriores – é um argumento consequencialista).⁴⁰

Dentro da coerência qualificada como normativa existem dois importantes tipos de argumentos para a solução dos casos difíceis: os argumentos a partir dos princípios e os argumentos por analogia. Se uma norma pode ser subsumida por um princípio significa que ela é valiosa para uma justificação. Sua força, por óbvio, não é absoluta e o seu caráter não é concludente, mas relevante e importante. Os argumentos por analogia são semelhantes, sobretudo porque são construídos. Para MacCormick⁴¹, na justificação de uma decisão, além desses dois argumentos, são decisivos os argumentos consequencialistas, isto é, buscase identificar as conseqüências das possibilidades de decisão, afastando aquelas cujas conseqüências forem mais inaceitáveis, avaliadas com relação a uma série de valores como o bem comum, o senso comum, a Justiça, a conveniência pública.

MacCormick⁴², apesar de toda esta construção para os casos difíceis continua ressaltando que não pretende atingir uma única resposta correta. Esta seria uma diferenciação ao racionalismo de Dworkin.

A proeminência do caráter justificador da Teoria da Argumentação de MacCormick recebe como crítica seu viés conservador. Ao concentrar sua teoria nas decisões dos Tribunais sofre a crítica da parcialidade de sua argumentação jurídica. Além disso, inclusive, por seu elemento consequencialista, há o risco de decisões inovadoras não poderem ser justificadas, pela primazia do sentido mais óbvio, da interpretação literal ou interpretação de acordo, algo que foi desenvolvido por MacCormick, segundo Atienza⁴³, posteriormente.

Dentro de uma já verdadeira teoria da argumentação, voltada ao método de justificação, MacCormick busca uma forma de instrumentalização de uma argumentação, num primeiro nível através do critério da universalização e num segundo nível com a verificação da consistência e coerência das soluções obtidas

⁴⁰ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica. p.182

⁴¹ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

⁴² ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

⁴³ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

para os ditos casos difíceis. Ao contrário de Dworkin, admite a possibilidade, então, de mais de uma solução para um caso.

O fato de se buscar uma justificação de decisões através de um método que dificulte a inovação, além do que, *in fine*, a aproximação exagerada entre prova e verdade, constrói-se uma crítica considerável, como modelo de justificação do conservadorismo. Percebe-se, no entanto, que o modelo de justificação das decisões ainda vigente em nossa realidade, muito visite a teoria apresentada por MacCormick, muito embora se tenha claro que esta "inspiração" não venha da utilização por parte das instâncias jurisdicionais de uma disciplina argumentativa – talvez mais de uma prática intuitiva ou cultural.

5 A RACIONALIDADE DISCURSIVA NA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO

Segundo Atienza⁴⁴, Alexy percorre o mesmo caminho que MacCormick, só que em sentido oposto. MacCormick parte das argumentações (justificações) das decisões, elabora uma teoria da argumentação jurídica que ele acaba por considerar como fazendo parte de uma teoria geral da argumentação prática. Alexy, parte de uma teoria da argumentação prática geral, para, depois, projetá-la no campo do Direito; o discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral.

A teoria de Alexy é vista como uma sistematização e reinterpretação da teoria do discurso prático de Habermas; e, como leciona Atienza "[...] uma extensão dessa tese para o campo específico do Direito"⁴⁵

Atienza⁴⁶ explicando a teoria do discurso de Habermas esclarece que este parte de um conceito amplo de razão e que as questões práticas podem ser resolvidas racionalmente. Tendo como direção a linguagem, existem pressupostos racionais para o consenso, que vão desde a inteligibilidade, o entendimento a uma

⁴⁴ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

⁴⁵ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica. p.234.

⁴⁶ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

manifestação veraz, correta, aberta a participação de modo que seja possível a construção de coincidências entre falante e ouvinte. A partir da problematização dessa ação comunicativa surge o discurso, onde há necessidade de fundamentar as razões do falante, de maneira teórica ou prática.

"[...] A teoria do discurso de Habermas, que Alexy faz sua, [...]"⁴⁷ se caracteriza como uma das teorias do procedimento. Quanto aos indivíduos que participam desse procedimento tem-se a possibilidade de participar um número ilimitado de indivíduos, em situação de suas existências reais. Quanto às exigências impostas ao procedimento tem-se que a teoria do discurso pode ser formulada integralmente por meio de regras. Em terceiro, quanto às peculiaridades do processo de decisão, tem-se que as convicções fáticas e normativas podem ser modificadas em virtude dos argumentos apresentados ao longo do procedimento. O discurso tem regras e forma; algumas fundamentais, cuja validade é condição para qualquer discurso prático ou teórico e buscam: a não contradição, sinceridade, universalidade e o uso comum da linguagem.

Há também as regras da razão, de natureza ideal: regra geral de fundamentação de que se deve fundamentar o que se afirma; regras que buscam uma situação ideal de fala, como a correção, a universalidade e a igualdade de direitos entre falante e ouvinte. Existem ainda regras técnicas que tratam da carga de argumentação, cujo sentido é facilitar a argumentação.

As regras não garantem sempre o acordo. Mesmo obtido o acordo, seu segmento pode não ser observado (resgatando-se Kant e sua distinção entre formação de juízo e formação de vontade). Sabendo-se dessas limitações do discurso prático há a proposta da necessidade de um sistema jurídico para operar neste limite. Assim, o Direito é visto numa perspectiva coativa além da normativa, através de três procedimentos: a criação estatal de normas jurídicas, a argumentação jurídica e o processo judicial.

O discurso jurídico tem seus limites, pois as regras não garantem que se possa chegar a uma única resposta certa. Nem sequer num discurso ideal "[...] seria

⁴⁷ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica. p.239

possível assegurar que o discurso prático permite alcançar sempre um consenso [...]”⁴⁸. Contudo, para Alexy, segundo Atienza⁴⁹, essas dificuldades não invalidam a construção do discurso jurídico, pois ela é um procedimento para um tratamento racional.

Sustentar a tese de que há apenas uma resposta correta é um equívoco para Alexy, segundo Atienza⁵⁰. Nesse ponto encontra-se apresentado um importante elemento de distinção com o pensamento de Dworkin.

O modelo de direito estruturado em regras, princípios e procedimentos permite alcançar um maior grau de racionalidade prática. O grande problema de como fundamentar uma decisão é respondido pela argumentação jurídica prática discursiva. Como tal essa construção se dá através de um procedimento – teorias do procedimento. O procedimento discursivo se desenvolve, como dito, através de uma série de regras, que em primeira análise tem um caráter de fundamentação. A observação dessas regras, associadas aos critérios teóricos e formas apresentados pela teoria conferem a racionalidade pretendida.

O discurso jurídico fundamentado na argumentação, seguindo a teoria proposta por Alexy⁵¹ busca que uma proposição seja avaliada dentro de uma racionalidade. Uma proposição/comunicação tem sua conclusão avaliada não através da identificação de uma única solução possível, mas sim se há a possibilidade de afirmação de uma fundamentação de maior racionalidade em tal discurso.

CONCLUSÃO

É importantíssimo que se compreenda a evolução histórica e o grande enraizamento que ainda hoje se tem das concepções científicas na modernidade,

⁴⁸ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica. p.264

⁴⁹ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

⁵⁰ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

⁵¹ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

para que se possa, sem ignorar esse fator, compreender a magnitude dicotômica entre cartesianismo e a sensibilidade social do cientista jurídico. Embora a Filosofia do Direito tenha permanecido, ao longo dos últimos três séculos, ainda viva, numa espécie de "chama piloto", os aspectos ético-filosóficos do Direito foram deixados a um segundo plano em nome da estabilidade e segurança do modelo racional positivista-científico.

Por um outro viés do pensamento teórico, destacadamente sensível, preocupado com a vida em sua cotidianidade, não é incompatível com a percepção de uma racionalidade, que não busca apenas identificar as prescrições da lei, mas que permite ir além no entendimento do fenômeno jurídico, intercambiado com a Justiça, a Moral, a Ética. Se a compreensão dos motivos íntimos da formação do entendimento humano é campo fértil de estudos de outras ciências, a ciência jurídica atua na identificação/estruturação da exteriorização de decisões sobre esses entendimentos, cuja racionalidade pode ser classificada ou como frágil e, portanto, de difícil sustentação; ou, por outro lado, como construções firmes e alicerçadas em um discurso racional.

Com isso:

O Direito precisa abrir-se a problemática social e política e comprometer-se com as exigências histórico-axiológicas da sociedade. Há que se superar o valor instrumental do conhecimento científico e se observar sua destinação ético-política.⁵²

Desta forma mais fácil se percebe que o fundamento do Direito não pode ser a norma, pois se assim ainda o fosse seria claramente insuficiente para se dar conta de um Direito pela e para a Sociedade. Não se trata em hipótese alguma de negar a relevância da norma, mas entender que sua legitimidade ultrapassa os critérios hierárquico-positivistas. A legitimidade do direito está na própria sociedade, complexa, dinâmica, polifônica, que busca, em última análise a justa e digna vivência. A vida prossegue, muda, altera seus centros de interesse e o Direito, como expressão de um ideário de Justiça, deve buscar seu fundamento

⁵² DIAS, Maria da Graça dos Santos, A justiça e o imaginário social. p.116

PEIXOTO, Fabiano Hartmann. Teorias da argumentação jurídica e a racionalidade da modernidade. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

neste contexto, de uma forma discursiva e em sintonia com a vida vivida, pois é na efervescência das experiências humanas que estão as suas grandes riquezas.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002.

DIAS, Maria da Graça dos Santos. A justiça e o imaginário social: a justiça como práxis, sentidos de justiça enunciados pela comunidade, a justiça como instrumento de avaliação ética e política do direito. Florianópolis. SC: Momento Atual, 2003.

PASOLD, César Luiz. **Prática da pesquisa Jurídica**- idéias e ferramentas úteis ao pesquisador do Direito. 10 ed. rev. ampl. Florianópolis: OAB-SC Editora, 2007.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução de Tercio S. Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.